

circunstancias? ¿Es el hecho el que domina al derecho, ó el derecho el que domina al hecho?

466. ¿Extingue la acción de los ascendientes la confirmación del cónyuge? Nó, el texto dice que la confirmación de los ascendientes extingue la acción del cónyuge, lo cual es muy jurídico. Pero no hay por esto ninguna razón para decidir que la renuncia del cónyuge á un derecho que le está concedido, priva á los ascendientes del derecho que les corresponde. El derecho de éstos no depende del de los hijos; su autoridad ha sido menospreciada, se necesita que puedan hacerla respetar, de consiguiente, deben tener el derecho de proceder de nulidad. Existe, no obstante, un motivo de duda. El cónyuge confirma cuando llega á la edad en que puede consentir por sí mismo para el matrimonio. Ahora bien, ¿su confirmación no equivale al consentimiento? y puesto que su consentimiento basta entonces para validar el matrimonio, puede permitirse á los padres hacerlo anular? ¡Anulado apenas, podría ser celebrado el matrimonio á pesar de los ascendientes! ¿No sería esto divertirse con las nulidades? Es indudable que el legislador habría podido tomar en consideración estas razones y decidir que la acción de los ascendientes se extinguiría por la mayoría del hijo. Pero la cuestión está en saber si el legislador lo ha hecho. M. Demolombe lo dice (1). ¿Qué se pretenda mostrarnos el texto que declara extinguida la acción de los padres por la mayoría de los hijos! Si éstos tienen su derecho, aquellos tienen el suyo. Se necesitaría una decisión expresa para subordinar el derecho de los padres al de los hijos. Las razones no son bastantes. La ley abre la acción, sólo á ella corresponde extinguirla.

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleón*, t. III, p. 472, número 291.

SECCION III.—De las nulidades absolutas.

§ 1º DE LA IMPUBERTAD.

457. La impubertad es una causa de nulidad absoluta (art. 184), porque por dos motivos, de orden público y de interés social, exige la ley cierta edad para casarse. Sin embargo, esta causa de nulidad no es tan grave como el incesto y la bigamia; la impubertad cesa necesariamente, aun puede no existir de hecho, aunque la ley la presuma, mientras que la infamia y el crimen siempre subsisten. Síguese de esto que la nulidad que resulta de la impubertad tiene caracteres especiales que hacen de ella una nulidad aparte, absoluta en un sentido, relativa en otra.

El matrimonio puede ser impugnado, dice el art. 184, por los *mismos cónyuges*; así, pues, sin distinción, por el cónyuge impúber y por el cónyuge púber, aun cuando éste hubiese conocido la edad de su consorte. Duranton dice que la cuestión debe ser debatida seriamente en cuanto al cónyuge impúber. Ese autor da, sin embargo, motivos concluyentes para la afirmativa, que es, por lo demás, la opinión general. El art. 183, que abre la acción, dice: *los mismos cónyuges*. ¿Y hay alguna disposición que exceptúe este texto general? Nó; pues bien, desde ese momento está decidida la cuestión. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. La ley exige abrir la acción á todos los interesados, porque la nulidad es de interés público y el legislador ha pensado que mientras más probabilidades de anulación hubiera, ménos dispuestos estarían á pasar sobre la ley los futuros cónyuges. Es cierto que el art. 186 declara no admisibles á los ascendientes que han consentido en el matrimonio, y los cónyuges también han consentido. ¡Pero qué diferencia entre los ascendientes que tienen la

experiencia de la edad y los cónyuges, de los cuales uno es todavía niño, y ambos tienen por excusa el desbordamiento de la pasión! El impúber puede invocar también el principio que permite al incapaz prevalerse de su incapacidad; la ley lo permite además en las nulidades relativas (artículo 182); con mayor razón debe permitirlo cuando se trata de una nulidad absoluta. Hé ahí más razones de las que se necesitan para poner fuera de todo debate un punto que está decidido por el mismo texto de la ley (1).

468. Estas consecuencias corresponden al carácter absoluto de la nulidad de impubertad; de ahí que se deriven del carácter relativo de esta nulidad. Puede excusarse en dos casos, mientras que las nulidades absolutas nunca se excusan, ni aun por la prescripción. El matrimonio no puede ser ya combatido por causa de impubertad dice el art. 185, cuando han transcurrido seis meses desde que el cónyuge que no tenía la edad *requerida* ha llegado á la edad competente. Portalis nos dará las razones de esta disposición especial: «La falta de edad es reparable. Por consiguiente, sería absurdo que sirviera de pretexto para impugnar un matrimonio cuando ha transcurrido ya un plazo de seis meses después de que los cónyuges entraron á la edad competente. Entónces ya no existe la nulidad: el efecto no debe sobrevenir á su causa.» Puede hasta sorprender que la ley permita impugnar el matrimonio dentro de ese plazo de seis meses. Portalis contesta á la objeción, que la ley debe dar un plazo útil para ejercer la acción.

¿Que debe entenderse, en el art. 185, por las palabras *edad competente*? Es tan sencilla esta cuestión, al decir de Merlin, y la solución es tan fácil que há lugar ha sorprenderse que haya hecho la materia de un proceso. El art. 185 llama también la *edad competente* á la edad re-

1 Durantou, *Curso de derecho francés*, t. II, págs. 272 y siguientes; números 315 y 316.

querida; y ¿cuál es la edad *requerida* cuando se trata de pubertad? Es hasta vergonzoso establecer la cuestión, puesto que basta leer el art. 144 para encontrar en él la respuesta. Sin embargo, la cuestión ha sido llevada hasta la corte de casación. La suprema corte de dió una lección á esos litigantes temerarios decidiendo que la edad competente de que habla el art. 185 es evidentemente la edad señalada en el art. 144 (1).

Pregúntase, además, si se necesita que la mujer haya cohabitado con su marido durante seis meses, si es ella la que no tenía la edad competente. La respuesta se halla en el código; éste no exige tal condición; y ¿puede el intérprete establecer condiciones que la ley no prescribe (2)? Agreguemos que no había razón alguna para exigir la cohabitación. Este es el punto importante de la cuestión. Cuando la ley exige la cohabitación, es como una señal de la intención que tienen los cónyuges de confirmar su matrimonio (art. 181). ¿Se trata en el art. 185 de confirmar el matrimonio? Por lo demás, ni siquiera se concibe la confirmación, puesto que la nulidad es absoluta, es decir, de interés público; el cónyuge puede no intentar la acción que le corresponde, pero no puede renunciar una acción que se haya establecida, no en su interés sino en el de la sociedad. ¿Por qué entónces no es admisible el cónyuge que guarda silencio durante seis meses? Esta es una cuestión de prescripción, como dice Portalis; cuando la ley concede una acción, es necesario que determine un plazo dentro del cual debe intentarse.

469. Pregúntase si el cónyuge que ha llegado á la edad competente puede confirmar el matrimonio, ya sea expre-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, sección VI, pfo. 2, art. 185, 1.ª cuestión.

2 Esta es la opinión general; sólo Proudhon es de parecer contrario (Daloz cita los autores en la palabra *Matrimonio*, núm. 533).

sa, ya tácitamente. Nuestra opinión es que ni siquiera puede establecerse la cuestión. Confirmar es renunciar un derecho concedido por la ley. Concíbese la renuncia cuando se trata de un interés privado; pero es imposible cuando se trata de un derecho de interés general. Ahora bien, la nulidad fundada en la impubertad, siendo absoluta, es, por ese sólo hecho, de interés general, lo que decide la cuestión. Los autores distinguen entre la confirmación tácita y la confirmación expresa; casi están unánimes en rechazar la confirmación tácita, porque consideran el silencio del cónyuge durante el plazo de seis meses como una confirmación tácita; lo cual, en materia de nulidad de matrimonio, implicaría la intención de no admitir otra confirmación tácita (1). Esta es, en concepto nuestro, una mala razón, porque el plazo de seis meses no es una confirmación, sino una prescripción. Acerca de la confirmación expresa hay disputa. Si se admitiera, en esta materia, el principio de la confirmación, se necesitaría decidir que la confirmación expresa es válida, como si fuera de derecho común. Pero nosotros negamos el principio. Objétase que el cónyuge llegado á la edad competente puede contraer un matrimonio válido; de esto se deduce que la aprobación que da al matrimonio que contrajo, cuando era impúber, equivale al consentimiento que daría en un nuevo matrimonio. Esto sería muy justo si la nulidad fuera relativa, es decir, de interés privado. Pero cuando está de por medio el interés social, ya no es exacto decir que la confirmación destruye el vicio. En vano se dirá que ya no existe el vicio, que habiendo llegado á la pubertad el impúber, el matrimonio debe ser válido si se confirma; ¿no ha dicho Portalis que el efecto no puede sobrevenir á la causa? Nuestra respuesta está escrita en la ley; no admite el principio for-

1 Demante, *Curso analítico*, t. I, p. 360, núm. 268, bis, I.

mulado por Portalis de una manera absoluta; desde que el cónyuge se vuelve púber, cesa la causa de la nulidad, y sin embargo, la acción de nulidad no se extingue; para que extinga se necesita que todos los interesados guarden silencio durante seis meses.

Después de todo, sería inútil la confirmación dada por el cónyuge, aun suponiendo que pudiera hacerse. Es inútil en cuanto al cónyuge; si éste no quiere combatir el matrimonio, no tiene otra cosa que hacer que guardar silencio durante seis meses. Es inútil principalmente respecto de las demás partes interesadas. Es imposible admitir, con M. Demolombe, que la confirmación expresa del cónyuge extinguiría la acción del ministerio público y de los demás interesados. El mismo autor vacila. «Aun entónces, exclama, me vería tentado de decir que el efecto no debe sobrevenir á su causa (1)». Este motivo de duda se dirige al legislador; en cuanto al intérprete, está enfrente de una nulidad absoluta, de interés social; ¿se concibe que el ministerio público, que tiene seis meses para proceder, esa declarado no admisible, porque el cónyuge ha confirmado el matrimonio? Esto es contrario á los principios, y también es contrario al texto del art. 185. La ley abre una acción á todos los que tienen un interés en ello, así como al ministerio público (art. 184); á todos concede seis meses para proceder; desde ese momento, su acción no puede ser estorbada por el cónyuge. Sólo el legislador que da la acción, puede extinguirla (2).

470. La nulidad es excusada también cuando la mujer que no tenía la edad competente ha concebido antes del

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 507, número 318.

2 Nuestra opinión es la de Vazeille, *Tratado del Matrimonio*, t. I, p. 383, núm. 247, y de Zachariæ, edición Vergé y Massé, t. I, p. 204, nota 20.

plazo de seis meses (art. 185)». Portalis dice que la ley no debe aspirar al derecho de ser más sabia que la naturaleza, la ficción debe ceder á la realidad. ¿Qué debe entenderse por estas palabras del art. 185: *antes del plazo de seis meses*? Portalis dice que estos son los seis meses dados para ejercitar la acción de nulidad (1); es decir, los seis meses de que se ha hablado en el número 1 del artículo 185. Habría sido más correcto decir: *de los seis meses*. Pero no hay duda alguna acerca del sentido de la ley.

Si la mujer tenía la edad *requerida*, si era púber, mientras el marido era impúber, el embarazo de la mujer no produciría la acción de no admitir contra el marido. El texto es terminante, y la razón de la diferencia que la ley establece entre el marido impúber y la mujer impúber, es sensible. Cuando la mujer concibe antes de la espiración del plazo de seis meses, es cierto que es púber, siendo el embarazo un hecho que puede probarse con el mismo grado de incertidumbre que los hechos en general. No es lo mismo respecto de la pubertad del marido. De que su mujer conciba no puede deducirse que él sea púber; la paternidad siempre es incierta, y lo es principalmente cuando el marido no ha llegado á la edad de la pubertad legal.

471. Según el art. 186, el padre, la madre, los ascendientes y la familia, que han consentido en el matrimonio contraído por un impúber, no son admisibles para pedir la nulidad. ¿Por qué los declara la ley no admisibles? ¿Acaso porque su consentimiento está considerado como una confirmación? Nó, es una especie de pena. «Es necesario, dice Portalis, que no puedan jugar con la fe del matrimonio después de haber jugado con las leyes.» Se ha dicho que de esta disposición resulta que la acción de nulidad de los ascendientes llamados á consentir en el

1 Exposición de los motivos, núm. 46 (Loacré, t. II, p. 393).

matrimonio es un derecho ilusorio. Efectivamente, si han dado su consentimiento, ya no pueden proceder. Si no lo han dado, tienen la acción de nulidad por falta de consentimiento; esto supuesto, ¿de qué sirve la acción de nulidad por falta de edad? M. Valette contesta, con razón, que esta última acción les será útil si ha prescrito la primera, y prescribe un año después del día en que tienen conocimiento del matrimonio (arts. 182 y 183). También será útil aún en el caso en que los ascendientes hubieren consentido en el matrimonio; si murieren éstos, la acción podrá ser ejercitada por los ascendientes que no hubieren dado su consentimiento (1), porque siendo la nulidad de orden público, corresponde á todos los ascendientes; todos tienen un interés moral en que sus descendientes no vivan en una unión que la ley reprueba en interés de la sociedad.

¿Qué debe decirse si los ascendientes que no están llamados á consentir en el matrimonio, lo han aprobado, sin embargo? ¿Los volverá no admisibles esta aprobación? Es claro que no puede oponérseles el art. 186; no han consentido en el matrimonio del impúber; no puede decirse de ellos que se han burlado de la ley, puesto que la ley no les deba misión ninguna. Por consiguiente, no podría declararseles no admisibles, como si se considerase su aprobación como una confirmación. Siendo la nulidad, empero, de interés general, no ha lugar á quitar el vicio con una confirmación cualquiera. La aprobación que los ascendientes dieran al matrimonio, sería, en consecuencia, incapáz (2).

1 Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. I, p. 438, nota.

2 Demolombe, t. III, p. 513, núm. 322. Véase en sentido contrario á Vazeille, *Del matrimonio*, t. I, núm. 244, p. 378.



§ 2º De la bigamia.

472. Esta es la más grave de las causas de nulidad, puesto que constituye un delito. Empero, este carácter de la nulidad fundada en la bigamia, da margen á una dificultad. El delito prescribe, según el art. 637 del código de instrucción criminal; la acción pública y la *acción civil* que resultan de un delito, prescriben después de diez años cumplidos, contados desde el día en que se cometió el delito. ¿Debe deducirse de esto que después de diez años no puede ya intentarse la acción de nulidad? De pronto se tendría la intención de creerlo. ¿No nace del delito la acción? ¿no es, por consiguiente, una acción civil en el sentido de la disposición que acabamos de citar? Merlin contesta perfectamente á la objeción. Nó, la demanda de nulidad de matrimonio no es una acción civil en el sentido del código de instrucción criminal. La acción civil se encamina á reparar el perjuicio que resulta de un delito; esta es una acción de daños y perjuicios fundada en el artículo 1382, el cual obliga á reparar un perjuicio á todos los que lo causan. ¿Por ventura la demanda de nulidad de matrimonio, cuando hay bigamia, es una acción de daños y perjuicios? Nó, en verdad. No está de por medio un interés de dinero sino un interés social. En vano se dice que la sociedad no está interesada cuando ha prescrito el delito, puesto que ha extinguido la acción pública. Se contesta, y la respuesta es concluyente, que la demanda de nulidad no se funda en el código penal; se deriva del art. 147, que dice que no puede contraerse segundo matrimonio antes de la disolución del primero. ¿Qué importa entonces que el bigamo no pueda ser castigado? No es ménos cierto que está sujeto con los lazos de dos matrimonios, lo que

da acceso á la demanda de nulidad (1). La jurisprudencia está conforme con esta doctrina (2). Hablando con franqueza, en este punto ni siquiera hay cuestión.

473. El demandante que promueve la nulidad debe probar la existencia del primer matrimonio, porque en él está el fundamento de su demanda. Existe una sentencia contraria de la corte de París. Intentóse una acción de divorcio á causa de adulterio, por el marido contra su mujer. Esta opuso la nulidad de su matrimonio, fundada en que su marido estaba ligado por los lazos de un primer matrimonio cuando contrajo el segundo. El marido confesó su primera unión, pero sostuvo que era irregular y que habia sido disuelta. La corte de París admitió la nulidad del segundo matrimonio, sin que hubiese sido comprobada legalmente la existencia del primero (3). Tiene razón Merlin en sublevarse contra esta decisión; ella favorecería el divorcio por mútuo consentimiento, con fraude de la ley. Eso prueba que los tribunales han cometido error separándose de los principios.

Por su parte el demandado puede oponer la nulidad del primer matrimonio; en este caso, dice el art. 189, la validez ó la nulidad del primer matrimonio, debe ser fallada previamente. Esta es una cuestión prejudicial. Muy cierto es que á pesar de la nulidad del primer matrimonio, el segundo ha sido contraído ilegalmente; porque el matrimonio, aunque nulo, produce sus efectos mientras no ha sido anulado. Pero si á pesar de este impedimento, ha sido celebrado el matrimonio, la ley lo conserva si ha sido demostrada la nulidad del primero. El cónyuge es culpable, pero el interés de la sociedad lo lleva sobre su falta; es

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, sección VI, pfo. 2 art. 184, 5ª cuestión.

2 Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *matrimonio*, núm. 524.

3 Sentencia de 2 de Diciembre de 1816 (Dallóz, en la palabra *matrimonio*, núm. 545).